



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- FAJS
CURSO DE DIREITO- CD
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA- NPM

DÉBORA SHAULA ALENCAR DE VASCONCELOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

BRASÍLIA

2011

DÉBORA SHAULA ALENCAR DE VASCONCELOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: George Leite.

BRASÍLIA

2011

DÉBORA SHAULA ALENCAR DE VASCONCELOS

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: George Leite.

Brasília, outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. George Leite
(orientador)

Prof. Georges Seigneur
(Examinador)

Prof. Eneida O. Taquary
(Examinadora)

Dedico a conclusão desse curso primeiramente a Deus, que ele me instrua a utilizar todo o conhecimento adquirido para honra e glória do seu nome. Aos meus pais, Rômulo César de Vasconcelos e Alcinda Alencar de Vasconcelos pelo apoio financeiro e psicológico durante todo o curso.

RESUMO

O conceito de vulnerabilidade foi inserido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, pela lei 12.015/09 com o intuito de encerrar o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da presunção de violência e dar maior proteção ao menor de quatorze anos de idade ao inserir também o tipo no rol de crimes hediondos. No entanto, a mudança da redação do artigo não se deu de maneira coerente com a realidade social brasileira no que diz respeito a iniciação sexual da criança e do adolescente. Na sociedade atual, a iniciação sexual é cada vez mais precoce e o único responsabilizado é o maior de dezoito anos, caso venha a envolver-se com essa criança. O que se discute é que a vulnerabilidade não é um critério puramente cronológico e que não cabe ao legislador determinar quem vem a ser vulnerável, assim também como não é razoável que o legislador impossibilite ao julgador a avaliação da vida pretérita e o consentimento da suposta vítima. A vulnerabilidade é conceito amplo e permeado de diversos fatores sociais, psicológicos e biológicos que compõem a *psiquê* da criança.

Palavras-chave: estupro de vulnerável. conceito de vulnerabilidade. desenvolvimento humano. sociedade brasileira.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 SISTEMA PENAL.....	9
1.1 Teorias da Pena.....	12
1.1.1 <i>Teoria absoluta.....</i>	13
1.1.2 <i>Teoria relativa.....</i>	14
1.1.3 <i>Finalidade da pena no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	18
2 ESTUPRO.....	19
2.1 Do estupro de vulnerável.....	21
2.1.1 <i>A vulnerabilidade.....</i>	25
3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E PRINCÍPIOS OFENDIDOS.....	29
3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	30
3.2 Princípio do devido processo legal.....	34
3.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	35
3.4 Princípio da não culpabilidade.....	37
4 TEORIAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO HUMANO.....	38
4.1 Teoria das representações sociais.....	39
4.2 Teoria da zona de desenvolvimento proximal.....	41
4.3 Teoria das subculturas.....	44
5 REALIDADE BRASILEIRA.....	49
5.1 Fatores sociais.....	50
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

A nova redação do art. 217-A do Código Penal Brasileiro trouxe para o tipo o conceito de vulnerável. O legislador trata o assunto de maneira restritiva, limitando a vulnerabilidade ao aspecto cronológico, sem deixar abertura para que sejam analisados outros critérios para se aferir a vulnerabilidade do adolescente.

Anteriormente, discutia-se a presunção de violência, se seria absoluta ou relativa, e depois de muitos embates, a jurisprudência se firmava no sentido de que a presunção seria apenas relativa. A nova redação acaba com a discussão, em tese. Ela não menciona em sua literalidade a presunção, no entanto, acabou por impor a presunção absoluta no momento que inviabiliza qualquer outro meio para se averiguar se houve ou não violação ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual.

O presente trabalho se propõe a analisar a questão da vulnerabilidade de maneira mais ampla, abrindo novos caminhos, questionando a legitimidade do legislador para definir o conceito, e a legitimidade do Estado para punir um delito que se consuma dentro de uma realidade social caótica, quando ele mesmo não age eficazmente na prevenção e proteção desse mesmo bem jurídico nas outras esferas que não o Direito Penal, e como esse Direito deve ser utilizado.

Para atingir o objetivo proposto buscou-se uma visão de algumas esferas que tem ligação direta com o assunto de vulnerabilidade, indo além do direito em si.

O trabalho foi organizado da seguinte maneira: no primeiro capítulo abordou-se Sistema Penal, conceituando-o e trabalhando as teorias da pena, mais especificamente a teoria relativa, que é de maior relevância para o objeto de estudo. No segundo capítulo falou-se do tipo penal do estupro, sua nova redação, o conceito de vulnerabilidade e alguns posicionamentos sobre o tema. No terceiro capítulo abordou-se o Sistema processual Penal e os princípios violados com a nova redação do artigo. No quarto capítulo tratou-se de teorias que comprovam que o ser humano é altamente influenciado pelo ambiente social no qual está inserido, e suas convicções e ações serão moldadas a partir desse contexto. Por fim, no quinto capítulo alguns fatores sociais da realidade social brasileira como o tipo de família crescente, porcentagens acerca da iniciação sexual da criança e do adolescente, com quem essas crianças convivem quando os genitores precisam trabalhar e a relação da pobreza com todos esses vetores foram demonstrados.

1 SISTEMA PENAL

O Sistema penal é um conjunto de meios que o Estado utiliza-se para além de prevenir, combater a criminalidade, fazendo com que a lei seja observada.

O sistema penal, constituído pelos aparelhos policial, ministerial, judicial, e prisional aparece como um sistema que protege bens jurídicos gerais e combate a criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) através da prevenção geral (intimidação dos infratores potenciais) e especial (ressocialização dos condenados) e, portanto, como uma promessa de segurança pública. Aparece, simultaneamente, como um sistema operacionalizado nos limites da legalidade, da igualdade jurídica e dos demais princípios liberais garantidores e, portanto, como uma promessa de segurança jurídica para os criminalizados.¹

Por essa definição, rapidamente se chega a um conceito de que o sistema penal é um grupo de instituições que se incumbem de realizar o direito penal, de torná-lo efetivo, mediante regras jurídicas previamente estabelecidas. E a sua finalidade consiste em dar à sociedade um sentimento de garantir uma ordem social justa, conforme afirma Cirino dos Santos.²

O sistema penal em si é o próprio responsável pela conceituação de criminalidade, crime e criminoso. Antes dele, existem condutas moralmente reprováveis, socialmente danosas, mas não há crime. A partir da tipificação, existe então o crime, que moverá o aparelho policial e logo o judiciário, até que o responsável, a essa altura já rotulado como criminoso, pague pelo que fez.³

¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 30.

² Apud BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 3. Ed. Editora Revan. p. 25.

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. op. cit. p. 25.

Esse pagamento envolve um tipo de satisfação do Estado à sociedade. Como que uma resposta por toda a confiança que lhe foi depositada. Mas ao contrário, o próprio Estado por agir em razão de sua legitimidade, acaba por se tornar ilegítimo à medida que o seu poder não alcança a todos de maneira justa e igualitária, à medida que se impõe sempre sobre os mesmos para dar uma sensação de segurança à outros e pela maneira desregrada que faz essa repressão.

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima a imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (graves desvios dos órgãos estatais, especialmente da Polícia em atividade de extermínio e massacres, delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada), superestima infrações de relativamente menor dano social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles cuja autoria são pessoas pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados⁴

O mesmo sistema penal que é lançado como igualitário, na realidade contradiz essa função, se mostrando seletivo, na medida em que atinge sempre um mesmo grupo de pessoas, de determinada classe e grupo social.⁵

Um ordenamento feito em dissonância com a realidade social é uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito, mas é extremamente útil para perpetuar desigualdades e o paradigma de que a criminalidade é um dado estatístico que cresce apenas com os predestinados ao crime.⁶

A despeito de ficar demonstrado que a criminalidade, enquanto fenômeno social-objetivo, não escolhe naturalmente seus agentes-

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 28.

⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 3. Ed. Editora Revan. p. 26.

⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. op. cit. p. 28.

ativos, estando presente em todos os estratos sociais, a experiência demonstra que em todos os lugares do mundo, a clientela do Sistema Penal é composta regularmente por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais.⁷

Ao Estado cabe o direito de punir. Somente ele é legítimo para essa função. Mas como a maioria dos direitos, ele não é absoluto. Nesse caso, o direito de punir está limitado pelo direito à liberdade do cidadão. Assim nasce a teoria de Direito Penal Mínimo de Luigi Ferrajoli.

O Direito Penal Mínimo deve interferir na vida do cidadão apenas quando estritamente necessário. O Direito não se pode valer do Direito Penal a todo momento, em todo e qualquer desvio. Somente em casos onde não haja outro meio legítimo para punir o ofensor, defender a vítima e dar uma satisfação à sociedade é que ele deve ser chamado para exercer seu poder coercitivo.

Como ensina Luigi Ferrajoli

O direito penal é só um meio e, por certo, não o único meio de prevenção dos delitos, justificável só se “mínimo”, ou seja, como extrema ratio, com base nos princípios de economia e necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais.⁸

O Estado Democrático de Direito que traz como princípio fundamental a proteção à dignidade humana estaria sendo ferido se a sociedade receasse que sua liberdade pudesse ser suprimida por pura discricionariedade de quem estivesse no poder do Sistema Penal.

⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 73.

⁸ Ibidem, p. 126.

Como citado por Ferrajoli,⁹ o Estado deve promover cidadania, medidas sociais, educacionais, que promovam a diminuição da desigualdade social, a fim de que se alcance um nível razoável de justiça quando a lei for efetivamente aplicada. Até porque a pena não tem apenas o caráter punitivo, mas preventivo.¹⁰

1.1 Teorias da Pena

A pena pode ser entendida como sendo o meio pelo qual o Estado priva o sujeito de um bem jurídico quando este violou alguma norma penal previamente prevista. Essa privação pode ser total ou parcial e tem como objetivo reprimir novas violações e também punir aquele que já cometeu a infração.¹¹

As teorias da pena estudam o principal enfoque da pena, qual o seu objetivo principal. As principais teorias são a teoria absoluta, que entende a pena como meio retributivo de um mal cometido; e a relativa que entende a pena como um meio de prevenção de delitos. Existem ainda as teorias mistas que juntam elementos das duas teorias.¹²

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 126.

¹⁰ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Apontamentos de Classe. Aula 15, 2. Semestre de 2010. p. 2.

¹¹ ALVES, Eduardo Silva. **Teoria Geral da Pena**. Disponível em: <<http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina41.htm>>. Acesso em: 13.jun.2011.

¹² NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua finalidade no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>. Acesso em: 13 jun.2011.

1.1.1 Teoria absoluta

A teoria absoluta da pena apregoa que a pena é um fim em si mesmo. Pela simples verificação de que um fato é criminoso, a pena já se impõe como consequência. Independe de qualquer outro fator. O que determina a punição é o cometimento do ato.¹³

Um dos maiores defensores dessa teoria foi Immanuel Kant, e segundo ele a pena é uma imposição imperativa àquele que intentou contra a lei, não dependendo para a sua aplicação de nenhum outro fundamento, pois constituiria uma consequência lógica. Seria a vingança pura e simples. Essa vingança, no entanto, deveria ser justa e necessária.¹⁴

Contudo, em um Estado Democrático de Direito tal entendimento sobre a pena não é concebível, já que a legitimidade do Estado quanto ao direito de punir está ligado a necessidade de preservação dos bens jurídicos fundamentais. Essa pena só é legítima então, quando meio último para essa preservação, devendo o Estado valer-se de todos os “outros instrumentos de prevenção ou controle social, mais adequados e socialmente menos onerosos”¹⁵.

¹³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 18.

¹⁴ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Quanto mais comportamentos tipificados penalmente, menor o índice de criminalidade?** Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30836-33184-1-PB.pdf. Acesso em 04 out. 2011.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. op. cit. p. 28.

1.1.2 Teoria relativa

Já a teoria relativa, ou prevencionista, não admite a pena como um fim em si mesmo, mas como meio preventivo de novos delitos.¹⁶ Essa prevenção adota caráter geral, com relação a toda a sociedade e especial, em relação ao condenado.¹⁷

Quando a prevenção é geral, fala-se em prevenção geral positiva, pois reforça valores sociais para promover o respeito ao direito e por fim promover a integração social. Quando a prevenção é especial, fala-se em prevenção geral negativa, com a intenção de desmotivar o cometimento de novos delitos por aquele mesmo sujeito, utilizando a intimidação sobre as pessoas às quais se dirige a norma. A intenção é de reprimir os impulsos da pessoa para que não cometa o crime.¹⁸

Há ainda a função simbólica da pena, qual seja a de produzir na opinião pública uma impressão de segurança jurídica que resta abalada pela ocorrência de determinadas infrações.¹⁹

Um exemplo da utilização dessa função foi a promulgação da Lei 8.072/90, a famosa lei dos crimes hediondos, que agravou a situação do condenado, aumentando sua pena, e até mesmo do apenas acusado, que tem muitas vezes sua liberdade cerceada antes do tempo por meio de prisão provisória, confundindo o processo de conhecimento do o de execução. Apesar das críticas que podem ser feitas

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 32.

¹⁷ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Apontamentos de Classe. Aula 15, 2. Semestre de 2010. p. 1.

¹⁸ QUEIROZ, Paulo. op. cit.p. 33.

¹⁹ Ibidem p. 52.

à essa lei, sua função foi cumprida. A sociedade sente-se muito mais segura sabendo que os infratores de tais normas serão punidos de forma diversa, mais severa, dos demais infratores.²⁰

Cabe agora a reflexão sobre a legitimidade do Estado de editar leis que manipulando o medo ao delito reagem com rigor extremo suprimindo direitos e ferindo seu próprio ordenamento, mais especificamente, sua Constituição, com o objetivo fim de trazer ao cidadão o sentimento falso de tranquilidade. Falso porque o rigor da lei não tem demonstrado efetiva correspondência à diminuição de delitos, mas tem demonstrado efetivo aumento de presos.²¹

O direito penal não pode se valer, enfim, de simbolismos que, iludindo os seus destinatários por meio de uma fantasia de segurança jurídica, encubra, por meio de uma solução barata e, não raro, demagógica (a edição de leis penais ou aumento do seu rigor), as raízes dos problemas sociais subjacentes a toda manifestação delituosa.²²

As teorias unificadoras expressam o desejo de suprir as lacunas que as teorias absoluta e relativa deixaram. Exemplo dessas teorias são a teoria dialética de Claus Roxin e a teoria garantista do direito penal mínimo de Luigi Ferrajoli. Para essas, a pena “se justifica apenas se e quando necessária à proteção da sociedade”.²³

²⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 52.

²¹ *Ibidem*, p. 53.

²² QUEIROZ, Paulo *op. cit.* 53.

²³ *Ibidem*, p. 62.

Para Roxin, o Direito Penal precisa ser analisado sob três pontos de vista: ameaça, imposição e aplicação da pena. Esses três momentos se aperfeiçoam.²⁴

Nesse sentido, ao Estado cabe o direito de punir, mas num Estado de Direito, a função desse exercício não pode ser meramente moral, já que todo o poder emana do próprio povo e não há espaço para que a punição alcance fins transcendentais.²⁵

Conclui que o direito penal é subsidiário e só deve ser usado quando as esferas do direito civil ou público se tornem ineficazes; e que o direito penal “não pode se ocupar de condutas meramente imorais ou não lesivas de bem jurídico”²⁶

Roxin se preocupa com a finalidade que a pena tem de ressocializar, tornando inviável certo tipo de punições, como castração e cirurgias cerebrais, em respeito ao princípio da autonomia da vontade. Repele ainda, qualquer intuito de que a pena tenha função de expiar as tendências criminosas de outros sob pena de atentar-se contra a dignidade humana.²⁷

Para Ferrajoli, no entanto, o direito penal ideal deve representar “o máximo de bem estar possível para os não-desviados (os não delinqüentes) e o mínimo de mal-estar para os desviados (os delinqüentes)”²⁸

²⁴ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. p. 63.

²⁵ Ibidem, p. 64.

²⁶ Ibidem, p. 65.

²⁷ Ibidem, p. 67.

²⁸ Ibidem, p. 72.

O direito penal mínimo deve então, atuar em duas frentes. Em um momento ele garante à sociedade o máximo de proteção possível, pelo poder de punir do Estado. Em outro momento protege também aquele que infringir as regras estipuladas, livrando-o de abusos de poder e castigos que violem seus direitos individuais. Desse modo haveria um equilíbrio entre os dois lados.²⁹

Naturalmente, porém, que o direito penal mínimo, que é o mesmo que se dizer, direito penal da Constituição ou conforme a Constituição, não é em si uma solução, mas parte da solução, pois o decisivo para o controle racional da criminalidade, a par da efficientização/democratização do controle social não-penal é privilegiar intervenções estruturais (etiológica) – e não simplesmente individualizadas e localizadas (sintomatológica) – sobretudo com vistas a melhorar as condições de vida das populações marginalizadas, por meio de políticas sociais de integração social do homem. Um direito penal mínimo não é só, portanto, um programa de um direito penal mais justo e mais eficaz; é também, e sobretudo, parte de um grande programa de justiça social de pacificação dos conflitos.³⁰

Com essa visão, infere-se que o direito penal não é a peça chave para uma sociedade mais justa. Ele faz parte do sistema, mas por si só, não é capaz de atingir a raiz dos problemas sociais. Quando usado como indispensável para a manutenção da paz social, o que se cria é apenas a reprodução das desigualdades sociais, apesar e por causa da igualdade formal.³¹

²⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.2.** ed. São Paulo: RT, 2005. p. 68-74.

³⁰ Ibidem, p. 112-113.

³¹ Ibidem, p. 91.

1.1.3 Finalidade da pena no ordenamento jurídico brasileiro

Existem manifestações de várias correntes sobre a finalidade da pena dentro da legislação brasileira. O Código Penal também não adota nenhuma teoria de maneira exclusiva, antes, combina principalmente a finalidade repressiva e preventiva.³²

Nosso Código Penal, por força de norma expressa (art. 59, *caput*), enuncia ambas as finalidades da sanção penal. A expressão que utiliza, remetendo à pena ‘... necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime...’, a par de referir-se ao fim repressivo e preventivo da sanção, alude à sua proporcionalidade, à sua justeza.³³

³² QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: Legitimação versus deslegitimação do Sistema Penal.2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 80.

³³ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Apontamentos de Classe. Aula 15, 2. Semestre de 2010. p. 2.

2 ESTUPRO

O Código Penal foi organizado na época do regime ditatorial brasileiro. Foi elaborado em 1940 sob a inspiração do Código Penal italiano, denominado Código Rocco, que datava de 1930 e era marcado pelo fascismo. Essa informação se faz importante para hermenêutica mais apurada da forma sob a qual os crimes sexuais eram vistos, qual seja, sob cunho fortemente moralista.³⁴

O estupro era crime previsto no Código Penal Brasileiro, no Título VI: "Dos Delitos contra os Costumes". Nem mesmo com a reforma da Lei nº 11.106/05 o Título foi mudado, pairando ainda o entendimento de proteção aos costumes sexuais. O problema está no fato de que costumes conota uma visão moral do que é certo ou errado, e de acordo com Ferrajoli direito e moral são e devem permanecer separados.³⁵

Com a alteração legislativa em 2009, o nome do Título passou a ser "Delitos contra a Liberdade Sexual", tirando assim, essa conotação moral, e passando a dar uma proteção à dignidade sexual da pessoa, princípio este que decorre de um Estado Democrático de Direito que o Brasil é desde sua Constituição Federal de 1988.

Hoje, o crime de estupro está previsto no art. 213 do código Penal Brasileiro. Não há que se falar em moralidade sexual, no que é moralmente aceito ou reprovável. O ponto de vista do legislador mudou. O ser humano tem livre disposição do

³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. I. 12. Ed. Saraiva. p. 4.

³⁵ MOURA, Marcelo Oliveira. **Secularização, Estado Democrático de Direito e o Direito Penal**.

Disponível em:

<http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Sistema%20Penal/Sistema%20Penitenciario/Secularizacao%20e%20Direito%20Penal.pdf> Acesso em: 04 set. 2011.

seu corpo, podendo manter relações sexuais como bem lhe aprouver. A visão volta-se exatamente para a manifestação de vontade. Se o coito foi ou não consensual. Até mesmo a prostituta poderá ser vítima de estupro.³⁶

Ainda com relação às mudanças que o art. 213 sofreu, a vítima pode ser homem e mulher; estupro não é apenas a prática forçada de conjunção carnal, mas também de atos libidinosos, contudo, a violência permanece como pressuposto para a configuração do crime.³⁷

O esturador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de lhe invadir a intimidade, por meio de relação sexual forçada, maculando sua autoestima e podendo gerar danos à sua saúde física ou mental.³⁸

Com essa afirmação, conclui-se que o crime “é material, demandando resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade da vítima”³⁹

O artigo ainda conectou a violência à prática de atos libidinosos e a conjunção carnal. Por conjunção carnal a doutrina entende como sendo a cópula pênis-vagina, e por atos libidinosos todos os atos capazes de gerar prazer sexual, sendo a conjunção carnal, então, uma espécie de ato libidinoso.⁴⁰

³⁶ ARAÚJO, Jader Máximo. **O crime de estupro e a *novatio legis in melius***: uma análise à luz da Lei n 12.015/2009. Disponível em: <www.bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32512/crime_estupro_novatio_araujo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 set. 2011.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Pg 45.

³⁸ *Ibidem*, p. 46.

³⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁰ *Ibidem* p. 50.

2.1 Do estupro de vulnerável

O estupro de vulnerável foi tipificado com o advento da Lei 12015/09. A Lei modificou a denominação do capítulo de "Sedução e corrupção de menores" para "Dos crimes sexuais contra vulnerável" e condensou a conjunção carnal e atos libidinosos no artigo 217-A, restando assim a sua redação: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”⁴¹

A defesa ao menor de 14 (catorze) anos já era prevista no Código Penal anteriormente, porém, estava presente a presunção de violência, que gerava grandes debates doutrinários quanto à qualidade desta presunção, se absoluta ou relativa, e se absoluta, se estava de acordo com os princípios constitucionais.⁴² Assim rezava o art. 224: “ presume-se a violência , se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Na tentativa de encerrar o debate, constrói-se o art. 217-A, criando a figura do vulnerável, que é incapaz de consentir validamente para a prática de atos

⁴¹ LEI nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. DOU 10.08.2009

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: RT, 2010. p. 100.

sexuais.⁴³ Embora tenha se retirado da redação do artigo a figura da presunção, na prática, o debate continua com sua força.

Em outros termos, reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão violência presumida. Entretanto, não se vai apagar a própria etimologia do vocábulo *estupro*, que significa coito forçado, violação sexual com emprego de violência física ou moral. Ademais, a rubrica do tipo penal traz o termo *estupro* de vulnerável, representando uma violação forçada no campo sexual.⁴⁴

Quando a vítima é menor de 14 anos, não há espaço, na atual redação do artigo, para a apuração dos fatos por meio de provas, ou seja, a presunção absoluta permanece em vigor, mesmo que não literalmente. “O enunciado lacônico do art. 217-A traz implícito a irrelevância do consentimento do ofendido quanto à prática da libidinagem: crime haverá mesmo com tal consentimento”.⁴⁵

Enfrentando a questão pela literalidade do artigo, para o juiz não restou nenhuma margem de discricionariedade para buscar a verdade real do caso em concreto com o fim de aferir o grau de maturidade sexual do menor. Se assim fosse, poderia o juiz, com a ajuda de profissionais habilitados, ponderar que crime se enquadraria ao ato, e não ter apenas a possibilidade de enquadrar o sujeito no crime de estupro de vulnerável.⁴⁶

Nucci ressalta que a própria etimologia do vocábulo estupro, por si só, pressupõe a existência de violência. Se há consentimento não poderia restar

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 101

⁴⁴ Idem, ibidem.

⁴⁵ GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto dos Crimes Sexuais**. Revista Jurídica Consulex. V. 13 n.307 out./2009. p. 39.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 407.

caracterizado o estupro. Deveria sim ser punido o agente se a vítima for menor de 14 anos, mas por outro delito que não estupro. Mas a discussão nesse caso amplia-se para o consentimento da vítima, que no caso, não será recebido como válido, mesmo diante da exposição do mundo ao ensinamento escancarado para o ensinamento sexual,⁴⁷ mesmo se o menor já tiver sido corrompido ou exercer prostituição.⁴⁸

Nucci pondera ainda o fato de que o legislador encontra-se há décadas travado na questão cronológica do ser humano, mantendo a idade de 14 (catorze) anos na atualização do Código. Em suas palavras o legislador “é incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida.”⁴⁹

A vulnerabilidade é conceito aberto, não encontrando o legislador amparo algum para determina-la de acordo com a idade, muito menos em desacordo com as demais leis do ordenamento jurídico brasileiro, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que criança é o indivíduo menor de 12 anos. Agindo assim, o legislador encontra-se tomando para si competência que não é sua, cabendo aos profissionais da saúde estabelecer com o devido conhecimento acadêmico quem

⁴⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. **O Conceito de Vulnerabilidade no Direito Penal**. Revista Jurídica Consulex. V. 13 n.307 out./2009. p. 41

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 409.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: RT, 2010. p. 101

seria vulnerável. Ao Direito Penal cabe a tutela dos bens jurídicos, no caso, a dignidade sexual.

Nesse sentido, Winfried Hassemer: “ El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos”.⁵⁰

Para a configuração do tipo é necessário que o agente tenha consciência de que o sujeito passivo é menor de catorze anos. A mera dúvida quanto a vulnerabilidade é abrangida pelo dolo eventual, excluindo o dolo. Caso a vítima minta a idade, haverá erro de tipo, ocasionando o mesmo efeito.⁵¹

Assim como no crime de estupro, no estupro de vulnerável o sujeito ativo pode ser homem ou mulher. Para a conjunção carnal, o sujeito passivo pode ser de ambos os sexos, e para a configuração de atos libidinosos é possível até mesmo que autor e vítima sejam pessoas do mesmo sexo.⁵²

Na legislação anterior o estupro era crime que só poderia ter como sujeito ativo o homem e como sujeito passivo a mulher.⁵³

⁵⁰ Apud BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 412.

⁵² Ibidem, p. 409.

⁵³ MERLO, Ana Karina França. **Considerações práticas à Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal**. Disponível em: < <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/895/657>>. Acesso em: 04 out. 2011

2.1.1 A vulnerabilidade

Esse conceito é aplicado na legislação ora para o menor de 14 anos, ora para o menor de 18 anos, no caso de exploração sexual ou de quem por algum motivo não pode consentir.⁵⁴

A vulnerabilidade examinada no presente estudo, do caput do art. 217-A do Código Penal Brasileiro é entendida como um critério meramente biológico: é vulnerável todo aquele menor de 14 anos, quando se trata da liberdade para dispor do seu corpo para o ato sexual. Sendo menor de 14 anos e caracterizada então a vulnerabilidade, o consentimento não será tido como válido, de nada importando a vida pretérita da vítima. “A menor idade passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade”.⁵⁵

Na Exposição de Motivos, no item 70, é notável a preocupação do legislador de amoldar a lei para a realidade social brasileira. O que antes existia como presunção de violência, foi retirado. Note-se que mesmo que a expressão tenha sido retirada da redação do artigo, na exposição de motivos ela aparece para esclarecer o fundamento do legislador ao apontar uma idade para o consentimento válido à prática do ato sexual, mantendo assim, o critério biológico e o conceito de presunção.

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: RT, 2010. p. 99.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 102.

dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.⁵⁶

Mesmo entendendo que o maior de 14 anos completos já tem amplo acesso às informações para tomar uma decisão quanto à disposição do seu corpo, o legislador entende que o menor de 14 anos completos não teria o mesmo acesso, ou a mesma maturidade.

Outro pressuposto de validade é que exista, por parte do consciente, capacidade de compreensão, uma vez que o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das consequências da sua expressão. Mas qual seria essa ideia de capacidade de expressão? ‘ A ideia da capacidade de compreensão para o consentimento eficaz vai ficar numa zona tênue entre o da vontade natural e o da capacidade de celebrar negócios jurídicos’.⁵⁷

Nas palavras de Roxin: “ Cuando existe una ‘concreta capacidad de comprensión y de juicio’, es una cuestión de hecho y no depende de determinados límites de edad.”⁵⁸

⁵⁶ CAMPOS, Francisco. **Diário das Leis.** <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em: 31.maio.2011.

⁵⁷ GRECO, Pedro Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010. p. 98-99.

⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 538.

Importante ressaltar argumentação do Juiz Márcio Bártoli sobre a matéria, no sentido de que até mesmo o menor de 14 anos já teria acesso a informações suficientes para formar uma opinião acerca do ato sexual.

A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a a rechaçar as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.⁵⁹

Com a fixação da idade de 14 anos para a configuração de estupro de vulnerável, surgiu também o conflito da Lei 12015/09 com o Estatuto da Criança e do Adolescente. O adolescente é visto pelo Estatuto como sujeito com alguma capacidade de discernimento, podendo ser responsabilizado pelos seus atos infracionais. Enquanto a criança (menor de 12 anos) não responde, por entender a Lei que ele não tem nenhuma capacidade de discernir. “Ora, se o menor adolescente, pela *lei*, dentro de certos limites, é encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não há como excluir da mesma capacidade de compreensão os atos sexuais.”⁶⁰

Luiz Flávio Gomes, conclui sua argumentação a favor da validade do consentimento do adolescente nesse sentido: “ Quando um adolescente, levando em conta o seu grau de cultura, de conhecimento, de informação etc., pratica ato sexual

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: RT, 2001. p. 37.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 142.

com consciência do que faz, com voluntariedade inequívoca, não há crime. Seu consentimento é, agora (depois do ECA), válido.”⁶¹

O significado de vulnerável encontrado nos dicionários sempre menciona algo no sentido de que alguém pode ser ferido, machucado. Não há entendimento científico para o critério biológico utilizado pelo legislador. Assim como o menor de 14 anos pode ser vulnerável, pode também o ser o maior. Vulnerabilidade pode ser definido como “ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado”⁶²

Não é o legislador o mais capacitado para definir esse conceito. O juiz é quem deveria, caso a caso, ter a liberdade para formar sua convicção com a ajuda de profissionais da saúde habilitados para esse tipo de questão.

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: RT, 2001. p. 144.

⁶² Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=vulnerável>. Acesso em: 31.mai.2011

3 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E PRÍNCÍPIOS OFENDIDOS

Como modelos de sistema processual penal existem o inquisitório e o acusatório. Mesmo com várias ponderações sobre ambos os sistemas, não há consenso de posicionamento quanto a qual sistema o Brasil adota.

Muitos são os doutrinadores que defendem que o Brasil adota o sistema acusatório. Os defensores desse pensamento tomam por base o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”⁶³, além de muitos outros aspectos do processo penal, como a iniciativa das partes, sendo o acusador figura diferente do julgador, publicidade dos atos processuais, etc.⁶⁴

Todavia, não são poucos os doutrinadores que também acolhem ao pensamento de que o sistema processual penal brasileiro é inquisitório em sua essência, principalmente pela figura do inquérito policial, que não admite contraditório e ampla defesa, e também por alguns poderes ainda concedidos ao juiz que vão de encontro com o modelo acusatório.⁶⁵

O juiz pode determinar, *ex officio*, a produção de provas, pode conceder *habeas corpus* de ofício, pode decretar a prisão preventiva sem provocação, pode requisitar a instauração de inquérito, pode de ofício

⁶³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOU 5 de outubro de 1988.

⁶⁴ NETTO, José de Souza Laurindo. **Processo Penal**: Sistemas e Princípios. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005. p. 32-38.

⁶⁵ Idem, ibidem.

decretar o seqüestro de bens do indiciado ou do réu (CPP, art. 126 e 132), pode proceder de ofício, à verificação da falsidade documentas.⁶⁶

“O certo é que o processo penal, no nosso ordenamento, não é meramente acusatório”⁶⁷. Exatamente pelos poderes do juiz citados *supra* ele se configura inquisitório. Mas também não se pode dizer que não é acusatório, pois o princípio do contraditório e da ampla defesa permeia todo o processo.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito passou a ter um novo olhar sobre o ser humano e no próprio corpo da Carta Magna, foram inseridos princípios para nortear e garantir direitos aos cidadãos.

O primeiro desses princípios a ser analisado no presente estudo será o princípio da dignidade da pessoa humana, pois dele nascem os demais.

Contudo, não se tem como objetivo a análise de todos os princípios constitucionais atinentes ao processo penal, mas apenas aqueles que foram feridos com a edição do art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi pela primeira vez consagrado no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988 em seu

⁶⁶ NETTO, José de Souza Laurindo. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005. p. 36

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

art. 1º, inciso III e se apresenta como fundamento de onde emana todo o ordenamento.⁶⁸

A Organização das Nações Unidas, no entanto, em sua Declaração Universal que data de 1948 em seu art. 1º prevê que todos nascem livres e são iguais em dignidade e direitos.

A dignidade é vista como uma qualidade inerente da pessoa, “podendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada).”⁶⁹

O conceito se mistura com a concepção de liberdade da pessoa. Liberdade de conduzir sua própria vida. No entanto, como qualidade inerente da própria pessoa, mesmo que essa seja incapaz, ainda assim terá sua dignidade intacta, tendo o Estado, dever de proteger e promover meios para o seu desenvolvimento.

Todos os demais direitos fundamentais previstos na Constituição são pautados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de validá-lo e dar-lhe eficácia, a fim de que não fique apenas como princípio utópico e inalcançável.

Como qualidade inerente da pessoa, que pode ser ferido, mas não afastado, a Constituição não faz exceções quanto a quem tem ou não dignidade. Mesmo aquele que não se porta dignamente, ou o incapaz, como já visto, a detém e a

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁶⁹ Ibidem, p. 42.

todos deve ser prestado o apoio estatal e jurisdicional para gozar dos benefícios que lhe traz.⁷⁰

A apresentação deste princípio não se faz apenas no art. 1º da Constituição Federal, podendo ser encontrado também no art. 170, caput que dispõe que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos existência digna; no art. 226 § 7º quando concede à família especial proteção fundamentada no princípio da dignidade e também no seu art. 227 quando confere ao jovem e adolescente o direito à dignidade.⁷¹

Fora do âmbito constitucional, e direcionando para o direito em questão, também o Direito Penal Brasileiro é regido pelo princípio da dignidade humana. Os delitos devem ser tipificados na medida em que ferem a sociedade e em conformidade com os princípios que a regem.⁷²

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, não pode conter normas em seu ordenamento jurídico, muito menos de caráter criminal, cujo conteúdo seja desmerecedor dos princípios que o fundaram e fundamentaram. O estado de Direito continha suas normas de caráter formal, outorgando aos seus o direito meramente formal de que a lei seria imposta a todos de maneira igual. Porém, nenhuma democracia havia na confecção dessas leis, ficando por conta do monarca. Essa então é a importância de ser afirmado em nossa Carta Magna que o Brasil não é apenas um

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Consituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁷¹ Ibidem, p. 62.

⁷² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-10.

Estado de Direito, mas sim um Estado democrático de Direito. O monarca perde seu lugar, conferindo ao legislador, devidamente escolhido pelo povo, o poder de fazer leis. Fazer leis que visam o bem estar da sociedade, leis que reflitam o sentimento e o anseio social.⁷³

Desta forma, o direito é realmente legítimo e justo, ganhando força não por seu caráter formal, mas também material. Materialmente então, deve ser criado e constantemente revisto à luz de seus princípios.⁷⁴

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da Dignidade Humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência do nosso Estado.⁷⁵

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tem função de orientar tanto o legislador quando da criação de um novo delito quanto o operador no momento de realizar a atividade de adequação típica.⁷⁶

Mais especificamente, o Título VI do Código Penal sofreu mudança em decorrência da Lei 12.015/09 e passou a se denominar “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Já foi dito que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro permeando todas as demais leis. E assim deve ser, a fim de assegurar a proteção do princípio nas diversas áreas da vida humana. A dignidade sexual passa a ser protegida especificamente no código penal a

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4-10.

⁷⁴ Idem, ibidem.

⁷⁵ Ibidem, p. 7.

⁷⁶ Idem, ibidem.

partir de então.⁷⁷

Contudo, deve-se ressaltar que o Estado tem o dever de proteger a dignidade tanto da vítima quanto do agressor, não podendo na intenção de resguardar um, acabar por ferir o outro. Infelizmente isso é o que se percebe na redação do art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

O legislador no ímpeto de conceder proteção aos menores de 14 (quatorze) anos, acaba por violar indiretamente a proteção ao maior de idade. Se e o critério para se aferir a vulnerabilidade é puramente objetivo, qual seja, ser a vítima menor de 14 anos, e se não cabe arguir se havia uma vida sexual pretérita nem mesmo se a relação foi consentida, fica por óbvio limitada a defesa do réu, que por um critério objetivo já se vê antecipadamente condenado.

3.2 Princípio do devido processo legal

Esse princípio está previsto no art. 5º , LIV da Constituição: “Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁷⁸

Desde que foi incorporado à 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da America, passou a ter uma concepção centrada na regularidade do processo penal, mediante um feixe de princípios tendentes a contrabalançar o direito de punir do

⁷⁷ GRECO, Rogério. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>> Acesso em:

⁷⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOU 5 de outubro de 1988.

Estado, com a tutela dos direitos individuais de liberdade”.⁷⁹

Desse princípio derivam vários outros. Se algum desses outros princípios, ou até mesmo procedimentos normais previstos legalmente no ordenamento jurídico não forem obedecidos, estará então, sendo lesado o princípio do devido processo legal.

Assim, a pessoa é protegida no sentido de ver todos os seus direitos implícitos e explícitos resguardados. Todo o previsto do ordenamento jurídico atinente tanto ao curso do processo em si quanto à liberdade do indivíduo deve ser seguido, sob pena de violar-se esse princípio.⁸⁰

A estimativa de um tempo razoável para a duração do processo e a celeridade processual também devem ser levadas em consideração também, sob a mesma pena, já que o não atendimento a esse princípio muitas vezes torna o pedido inócuo.⁸¹

3.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Também está previsto expressamente na Constituição Federal, no seu art. 5º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em

⁷⁹ NETTO, José de Souza Laurindo. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005. p. 115.

⁸⁰ Ibidem, p. 116.

⁸¹ Ibidem, p. 115.

geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁸²

O direito de defesa do acusado compreende a faculdade de ele intervir no processo, depois de citado, para levar a cabo todas as atividades necessárias para esvaziar a resposta penal ou atenuar a consequência jurídico-penal.⁸³

Não só a ausência de defesa, mas também a defesa deficiente atentam contra o princípio do contraditório. O defensor deve então, valer-se de todos os meios disponíveis para a elaboração e apresentação da tese de defesa. A esse tipo de defesa dá-se o nome de defesa técnica (efetuada por profissional habilitado). Quanto à essa, existe a súmula nº 523 consagrando posicionamento do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”⁸⁴

O contraditório é parte integrante da ampla defesa. Toda vez que uma parte tiver direito a manifestação no processo, caberá igual direito à outra parte. Diz respeito também a dar à igualdade entre as partes.⁸⁵

A proclamação da igualdade entre as partes não pode ser meramente formal. Há de ser materializada com a efetiva equiparação dos atores no processo no que diz respeito às prerrogativas e oportunidades para a prática dos mais variados atos processuais.⁸⁶

A ampla defesa é direito conferido ao réu para que se manifeste com

⁸² CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOU 5 de outubro de 1988.

⁸³ NETTO, José de Souza Laurindo. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005. P. 123.

⁸⁴ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3 ed. Salvador: Editora JusPodium. 2009. P. 47.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 95.

⁸⁶ BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Apontamentos de Classe. Aula 2, 2. Semestre de 2010. p. 1

todos os meios cabíveis para se defender. Nesse sentido, é possível que o melhor para a sua defesa seja o calar-se, e esse direito também lhe será atribuído.⁸⁷

3.4 Princípio da não culpabilidade

O princípio da não culpabilidade encontra-se previsto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal, expondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸⁸

Embora seja de conhecimento a existência de debates doutrinários quanto à diferença entre o conceito de não culpabilidade e o de presunção de inocência. Nesse tópico, no entanto, serão tratados como sinônimos, conforme entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.

Esse princípio diz respeito ao fato de que o reconhecimento de autoria de infração criminal do réu está vinculado à existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Antes da sentença, ao réu se dá a pretensão de não culpável e por esse motivo é que antes da sentença transitada em julgado, não há que se falar em prisão, salvo exceções de estrita necessidade. A regra que se impõe é a da liberdade e o ônus de provar a sua culpa cabe à acusação.⁸⁹

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 95

⁸⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOU 5 de outubro de 1988.

⁸⁹ Idem, *ibidem*.

4. TEORIAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO HUMANO

O homem é formado e se desenvolve a partir de uma série de critérios que fogem do puramente biológico. Além de características físicas e comportamentos inatos, ele se configura a partir de experiências, estas, por sua vez, terão lugar a partir do meio em que ele vive.

O homem é um ser social, por isso o meio em que vive é tão importante e muitas vezes determinante para moldar seu caráter, convicções e, por conseguinte, os seus atos.

Vários são os ramos da ciência que buscam uma explicação para essa formação. A psicologia, ciência que tem como seu objeto de estudo a *psiquê* humana, diverge em vários pontos sobre a formação social. Mas também converge em vários outros, embora o enfoque seja diferente, a depender da linha de estudo adotada.

Dentro do direito, e mais especificamente no direito penal, a criminologia é a área que se preocupa diretamente com o desenvolvimento do homem e faz conexões com a psicologia.

Sem a presunção de esgotar o assunto, algumas teorias serão analisadas para corroborar o objetivo da pesquisa, que é confrontar o critério puramente cronológico para configuração do estupro.

4.1 Teoria das representações sociais

Essa teoria nasceu na França, sendo mais explorada por Serge Moscovici, embora Durkheim tenha grande contribuição em sua origem, e faz parte da área de Psicologia Social.

A representação social é uma forma de ver e interpretar o mundo comum a um determinado grupo. Este reconhece a representação e vive segundo as suas orientações, fazendo-a real. “Elas são a preparação para a ação”⁹⁰. “Elas nos guiam no modo de nomear e definir conjuntamente os diferentes aspectos da realidade diária, no modo de interpretar esses aspectos, tomar decisões e eventualmente posicionar-se frente a eles de forma defensiva.”⁹¹

A formação da representação social se dá a partir dos relacionamentos, do acesso à informação ou da falta de informação, com o tipo de relação que o sujeito mantém com o mundo. Numa visão micro, a representação depende do tipo de conexão formada com o objeto em questão. Assim, para que haja uma representação,

⁹⁰ MOSCOVICI, Serge. **Representação Social da Psicanálise**. Zahar editores: Rio de Janeiro. 1978. p.49.

⁹¹ JODELET, Denise. **As Representações Sociais**. Editora UERJ: Rio de Janeiro. 2001. P. 17.

é preciso de um objeto e de um sujeito. O sujeito elabora sentimentos, pensamentos, convicções quanto ao objeto.⁹²

Estas definições partilhadas pelos membros de um mesmo grupo constroem uma visão consensual da realidade para esse grupo. Esta visão, que pode entrar em conflito com a de outros grupos, é um guia para as ações e trocas cotidianas – trata-se das funções e da dinâmica sociais das representações.⁹³

Quando a representação está formada, ela vai guiar, impulsionar relacionamentos, ações. Ela vai intervir em toda a dinâmica social daquele grupo quanto àquele objeto, podendo vir a interferir direta ou indiretamente em outros objetos. Para Piaget, a representação social serve ao grupo, às suas necessidades e desejos.⁹⁴

Dada a sua relevância, tem o poder para formar atitudes também prejudiciais ao seu próprio grupo ou a outros. É o caso dos preconceitos, tanto raciais como sociais, que não estão isolados, mas “se assentam num fundo de sistemas, de *raciocínio de linguagens*, no tocante à natureza biológica e social do homem, suas relações com o mundo.”⁹⁵

⁹² Ibidem, p. 20-22.

⁹³ JODELET, Denise. As **Representações Sociais**. Editora UERJ: Rio de Janeiro. 2001. P. 21.

⁹⁴ Apud JODELET, Denise. **As Representações Sociais**. Editora UERJ: Rio de Janeiro. 2001. P. 36.

⁹⁵ MOSCOVICI, Serge. **Representação Social da Psicanálise**. Zahar editores: Rio de Janeiro. 1978. P. 49.

Pode-se dizer que a comunicação é um dos elementos principais da representação social, pois em um momento depende dela para a sua formação e em outro depende dela para sua propagação e então concretização.⁹⁶

As representações sociais possuem duas funções: Em primeiro lugar elas convencionam os objetos, pessoas ou acontecimentos que encontram. Elas lhes dão uma forma definitiva, as localizam em uma determinada categoria e gradualmente as colocam como um modelo de determinado tipo, distinto e partilhado por um grupo de pessoas. Todos os novos elementos se juntam a esse modelo e se sintetizam a ele.⁹⁷

No caso de alguma pessoa ou objeto não conseguir se conformar àquela representação social, ele será forçado pelo grupo a aceitar e adotar a forma já aceita, sob pena de ser ele excluído, mal interpretado ou simplesmente não compreendido.

Em segundo lugar, elas são prescritivas, isto é, elas se impõem sobre nós com uma força irresistível. Essa força é uma combinação de uma estrutura que está presente antes mesmo que nós comecemos a pensar e de uma tradição que decreta o que deve ser pensado.⁹⁸

A partir dessa teoria observa-se como a visão de mundo do homem difere de um grupo para o outro. Suas experiências irão moldar a forma com que ele irá relacionar-se com o outro. Por isso a importância de tentar igualar o máximo possível o tipo de experiência que o cidadão terá com determinados objetos, para que ele assimile as normas e se relacione com ela de maneira similar do norte ao sul do país.

⁹⁶ MOSCOVICI, Serge. **Representações sociais**. *Investigações em psicologia social*. Editora vozes: Petrópolis. 2003. P. 22.

⁹⁷ MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais*. *Investigações em psicologia social*. Editora vozes: Petrópolis. 2003. p. 34.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 36.

4.2 Teoria da zona de desenvolvimento proximal

Essa teoria foi criada por Vygotsky, que entendia que o homem é resultado de sua interação com o ambiente em que vive, e posteriormente modifica esse ambiente. Embora ressalte a importância do social, Vygotsky não descarta a relevância do biológico.

Assim, o sujeito se desenvolve a partir de diversos critérios, não só biológicos, mas também sociais.

Essa idéia é fundamental para na teoria de Vygotsky porque ele atribui importância extrema à interação social no processo de construção das funções psicológicas humanas. O desenvolvimento individual se dá num ambiente social determinado e a relação com o outro, nas diversas esferas e níveis da atividade humana, é essencial para o processo de construção do ser psicológico individual.⁹⁹

O conceito de zona de desenvolvimento proximal foi formado a partir de outros dois níveis de desenvolvimento, o real e o potencial. O nível de desenvolvimento real é concernente àquelas informações que a criança já assimilou, já domina, são os processos mentais já estabelecidos. Esse conhecimento ela já consegue reproduzir sem necessidade de mediação. Já o nível de desenvolvimento potencial, como o nome mesmo já indica, é concernente ao potencial, a tudo o que a criança pode realizar mediante o auxílio de outra pessoa.¹⁰⁰

⁹⁹ OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky**: aprendizado e desenvolvimento, um processo sócio-histórico. Editora Scipione: São Paulo. 2002. p. 60.

¹⁰⁰ REGO, Teresa Cristina. **Vygotsky**. Editora vozes. 11 ed.: Petrópolis, 2001. P. 73.

A zona de desenvolvimento proximal da criança é a distância entre seu desenvolvimento real, que se costuma determinar através da solução independente de problemas e o nível de seu desenvolvimento potencial, determinado através da solução de problemas sob a orientação de um adulto ou em colaboração com companheiros mais capazes.¹⁰¹

Vygotsky trabalha o conceito de zona de desenvolvimento proximal. Explica que é com interferência contínua nessa área que a criança tem seu processo de desenvolvimento movimentado e desafiado. “A zona de desenvolvimento proximal define aquelas funções que ainda não amadureceram, que estão em processo de maturação, funções que amadurecerão, mas que estão presentes em estado embrionário.”¹⁰²

Mas o indivíduo não retém de forma passiva todo o conhecimento que lhe é transmitido. Ele não é passivo no seu desenvolvimento. Ele capta as informações e faz uma adequação às realidades já vividas. Ele é co-participante.

Embora Vygotsky enfatize o papel da intervenção no desenvolvimento, seu objetivo é trabalhar com a importância do meio cultural e das relações entre indivíduos na definição de um percurso de desenvolvimento da pessoa humana, e não propor uma pedagogia diretiva, autoritária. Nem seria possível supor, a partir de Vygotsky, um papel de receptor passivo para o educando: Vygotsky trabalha explícita e constantemente com a idéia de reconstrução, de reelaboração, por parte do indivíduo, dos significados que lhe são transmitidos pelo grupo cultural.¹⁰³

¹⁰¹ BARBOSA, Rafael. **Pensando um pouco a partir de Vygotsky e a zona de desenvolvimento proximal**. Disponível em: <http://rafaelbarbosa.blogspot.com/2010/02/pensando-um-pouco-partir-de-vygotsky-e.html>. Acesso em 08.agosto.2011.

¹⁰² Apud REGO, Teresa Cristina. **Vygotsky**. Editora vozes. 11 ed.: Petrópolis, 2001. p. 97.

¹⁰³ OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky: aprendizado e desenvolvimento, um processo sócio-histórico**. Editora Scipione: São Paulo. 2002. p. 63.

Vygotsky, com essa teoria, traz uma abordagem tanto social quanto biológica. Ele explica como o biológico está ligado ao social. O homem aprende aquilo que está ao seu redor. O seu ponto de vista social determinará o que ele irá aprender. É claro que isso não é estático, que o homem interage com o social e que recorta várias parcelas do que lhe está sendo passado e constrói uma percepção própria daquele ambiente. No entanto, o que está em foco é a maneira como a aprendizagem humana depende em grande parte do que lhe é oferecido. Desde criança ele terá essas três zonas de aprendizagem que deverão ser estimuladas. A partir dessa estimulação é que ele irá assimilar os símbolos da cultura a que pertence.

4.3 Teoria das subculturas

A inserção do indivíduo em determinada subcultura também tem correlação com a maneira que esse se relacionará com o mundo. A subcultura se define como uma cultura que apresenta traços semelhantes entre os seus componentes, mas apresenta traços diferentes em relação à cultura oficial.

A cultura oficial tem seu corpo jurídico e normas de convivência próprias. Porém a subcultura também mantém paralelamente um conjunto normativo que embora não admitido pela oficial, é respeitado e seguido pelos seus membros. Muitas vezes essas normas vão de encontro direto com a norma oficial e mesmo que os membros saibam disso, se utilizam de técnicas de neutralização para que estejam escusados de tais comportamentos.

A adesão à subcultura ou à cultura oficial se dá de maneira automática.

À medida que a cultura oficial frustra o sujeito ele adere a uma que lhe proporcione alguma segurança, satisfação e aceitação.

A questão fundamental posta por Cohen refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Estas razões são individualizadas (de maneira diferente, mas complementar em relação à teoria de Merton) reportando a atenção às características da estrutura social. Esta última induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos *standards* da cultura oficial, e além disso faz surgir problemas de *status* e de autoconsideração. Daí deriva uma subcultura caracterizada por elementos de “não utilitarismo”, de “malvadeza” e de “negativismo” que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.¹⁰⁴

O indivíduo que não se sente parte da cultura oficial sentir-se-á impulsionado a buscar outro grupo de apoio que lhe ofereça suporte. Esse grupo obviamente não poderá conter as mesmas regras, mesmos valores da cultura oficial, senão diferença alguma haveria entre eles e não haveria subcultura e o indivíduo continuaria frustrado.

Então é de se preocupar com os motivos que o levam a aderir à uma subcultura. Pois se a cultura oficial não lhe oferece meios adequados para que incorpore suas normas, também não pode ser de todo responsabilizado quando adere a outro meio.

¹⁰⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia: Rio de Janeiro. 2002. p. 73.

A teoria das subculturas criminais mostra que os mecanismos de aprendizagem e de interiorização de regras e modelos de comportamento, que estão na base da delinquência, e em particular, das carreiras criminosas, não diferem dos mecanismos de socialização através dos quais se explica o comportamento normal. Mostra também, que diante da influência desses mecanismos de socialização, o peso específico da escolha individual ou da determinação da vontade, como também o dos caracteres (naturais) da personalidade, é muito relativo.

Sob esse ponto de vista já temos o suficiente para inferir que a subcultura terá muito mais força sobre o indivíduo do que a cultura oficial. Esta representa algo alheio à realidade, que não se refere aos indivíduos da subcultura.

No crime específico do art. 217-A é de se questionar se um indivíduo que está vivendo nessa subcultura reconhecerá essa norma como válida. O infrator (e dentro desse ponto de vista infrator é tanto o sujeito ativo quanto o passivo que anui a ação) não terá como internalizar esse valor que está implícito na norma por estar inserido num contexto social onde relações sexuais são experimentadas desde muito cedo, em que não há repressão no que diz respeito à idade e o incentivo ao despertar sexual é feito sem nenhum pudor, inclusive pela cultura oficial. O que se observa é um conflito de valores.

Dessa forma, o indivíduo mesmo conhecendo formalmente o delito não o reconhecerá como válido e se utilizará de métodos para desculpar sua transgressão.

Através destas formas específicas de justificação ou de racionalização do próprio comportamento o delinqüente resolve, em sentido favorável ao comportamento desviante, o conflito entre as normas e os valores sociais, por ele aceitas pelo menos parcialmente, e as próprias motivações para um comportamento desconforme com aquelas.¹⁰⁵

O art. 217-A apresenta-se conflitante com os valores transferidos à sociedade em geral. Não só nas subculturas onde o início da vida sexual se dá precocemente por outros motivos também, mas pela própria cultura oficial. Essa realidade pode ser constatada em todos os segmentos da sociedade brasileira, em todas as classes sociais.

Os meios de comunicação em massa, que também são grandes responsáveis pela formação dos valores, repassam essa cultura de liberdade sexual.

O documentário Notícias de uma guerra particular mostra uma realidade típica do Rio de Janeiro, e com relação direta ao crime de tráfico de drogas e armas, da violência na favela de um modo geral. Mas o que interessa é que o documentário retrata uma realidade que é ignorada. O restante da população prefere não pensar no assunto, não se envolver, a se deixar impactar por aquelas cenas e pensar naquelas crianças como parte da nação.¹⁰⁶

As crianças aparecem portando armamento bélico como se fossem brinquedos, embora tenham a consciência da potencialidade ofensiva. Testemunham sobre suas primeiras missões, seus primeiros atos criminosos, com orgulho.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia: Rio de Janeiro. 2002. p. 78.

¹⁰⁶ SALLES, João Moreira; LUND, Kátia. **Notícias de uma guerra particular**. Rio de Janeiro. 1997.

É imoral dizer que essas crianças gostam ou que aderiram a esse tipo de cultura porque quiseram, mas também não se pode dizer que não sabem o que estão fazendo, que não agem de forma consciente.

O Estado que não cumpre seu papel fornecendo meios adequados para que todos tenham acesso aos fins culturais por meios legítimos não pode punir tão severamente quando se vê agredido pelos que se rebelam se utilizando de meios ilegítimos, pois não é de se estranhar essa rebeldia. É quase uma decorrência lógica do descaso e abandono estatal.

O mesmo se dá em relação ao art. 217-A, com o agravante de que a cultura oficial não reprime a conduta desviante como no caso do tráfico de drogas e armas, mas muito pelo contrário, apóia e depois pune.

O que se mostra mais absurdo no artigo é ainda o fato de que este fala não somente de conjunção carnal, mas também praticar atos libidinosos.

Assim, percebe-se que embora o ordenamento jurídico ensine uma coisa, os valores sociais são outros. Por isso, por mais que o aparelho de repressão estatal prenda alguns, não será capaz de transmitir conhecimento, não produzirá transformação. Muito pelo contrário, produzirá mais revolta e injustiça social, pois é incapaz de analisar as subculturas que serão afetadas pela norma.

5. REALIDADE BRASILEIRA

O Brasil, pela sua grande expansão territorial, diversidade cultural, disparidades sociais e diversos outros fatores, se torna demasiadamente complexo para que uma norma atinja a todos de maneira igualmente justa.

O Direito penal, que supostamente deveria ser usado como a última alternativa do Estado para intervir na privacidade do cidadão tem sido chamado a agir muitas vezes em primeiro lugar.

O art. 217-A cria uma situação que não alcança com justiça o quadro social contemplado no Brasil. Muitas das crianças começam atividade sexual antes mesmo dos 14 anos, os números de prostituição infantil são alarmantes, é sabido que ainda há prática de pais que vendem suas filhas por não terem condições de criá-las, e mais inúmeras outras situações que são de conhecimento público.

Pela nova redação do artigo, todo aquele menor de quatorze anos é vulnerável e não há nenhum fator que possa quebrar essa vulnerabilidade. Nem a experiência, nem o consentimento, nem o conhecimento dos pais, nada pode romper com a vulnerabilidade do menor de quatorze anos, que foi rotulado assim pelo entendimento único e exclusivo do legislador.

No entanto, o Estado que não consegue mudar a realidade social do país, não consegue educar e dar meios para que o então dito vulnerável tome uma

decisão consciente sobre o próprio corpo, deseja punir quando esse adolescente mantém não apenas a conjunção carnal, mas até mesmo os atos libidinosos com alguém maior de 18 anos.

Diversas complicações advêm desse comportamento. Para fins de exemplificação pode-se citar o caso da menina que engravida e não deseja revelar quem é o pai da criança, por saber que será punido por ter cometido um crime hediondo. Ou ainda o caso em que um casal mantém um relacionamento e com o decorrer do tempo um deles completa 18 (dezoito) anos de idade sem que o outro tenha completado 14 (quatorze). Essas são apenas algumas hipóteses já apontadas pela doutrina, mas não faltam outros para exemplificar os problemas que podem surgir pela lacuna que esse artigo deixou.

Dentre os diversos fatores existentes e que podem ser abordados sobre o assunto em questão, alguns fatores sociais que mais chamam atenção e que deles podem ser tiradas algumas conclusões sobre o artigo.

5.1 Fatores sociais

Uma pesquisa realizada pela Unesco no ano 2004 revelou dados importantes acerca do comportamento sexual dos jovens ao redor do Brasil. Foram entrevistados 16.422 estudantes entre e idade de 10 e 24 anos.

Capital	Faixa etária da primeira relação sexual	Sexo		Total
		Masculino	Feminino	
Goiânia	10 a 14 anos	56,0	28,7	46,4
	15 a 19 anos	43,6	66,4	51,6
	20 a 24 anos	0,4	4,9	2,0
	Total	100,0	100,0	100,0
Manaus	10 a 14 anos	69,8	35,5	56,9
	15 a 19 anos	30,2	63,4	42,7
	20 a 24 anos	0,0	1,1	0,4
	Total	100,0	100,0	100,0
Porto Alegre	10 a 14 anos	63,0	38,6	53,9
	15 a 19 anos	36,6	60,7	45,6
	20 a 24 anos	0,4	0,7	0,5
	Total	100,0	100,0	100,0
Recife	10 a 14 anos	63,3	27,0	51,6
	15 a 19 anos	35,6	68,5	46,2
	20 a 24 anos	1,1	4,5	2,2
	Total	100,0	100,0	100,0
Rio de Janeiro	10 a 14 anos	57,0	27,6	45,9
	15 a 19 anos	42,6	71,6	53,5
	20 a 24 anos	0,4	0,7	0,6
	Total	100,0	100,0	100,0
Salvador	10 a 14 anos	67,5	27,1	50,1
	15 a 19 anos	32,5	71,9	49,5
	20 a 24 anos	0,0	1,0	0,4
	Total	100,0	100,0	100,0
São Paulo	10 a 14 anos	61,4	34,3	51,9
	15 a 19 anos	38,6	65,7	48,1
	20 a 24 anos	0,0	0,0	0,0
	Total	100,0	100,0	100,0
Vitória	10 a 14 anos	64,1	26,9	48,1
	15 a 19 anos	34,9	70,3	50,1
	20 a 24 anos	1,0	2,8	1,8
	Total	100,0	100,0	100,0
Capital	Faixa etária da primeira relação sexual	Sexo		Total
Belém	10 a 14 anos	66,1	21,9	46,5
	15 a 19 anos	33,1	73,6	51,1
	20 a 24 anos	0,8	4,5	2,4
	Total	100,0	100,0	100,0
Cuiabá	10 a 14 anos	65,7	31,7	53,3
	15 a 19 anos	34,3	64,4	45,3
	20 a 24 anos	0,0	3,8	1,4
	Total	100,0	100,0	100,0
Distrito Federal	10 a 14 anos	61,6	24,3	43,1
	15 a 19 anos	37,5	72,1	54,7
	20 a 24 anos	0,9	3,6	2,2
	Total	100,0	100,0	100,0
Florianópolis	10 a 14 anos	54,3	26,2	42,6
	15 a 19 anos	45,7	71,8	56,6
	20 a 24 anos	0,0	2,0	0,8
	Total	100,0	100,0	100,0
Fortaleza	10 a 14 anos	57,5	26,7	45,8
	15 a 19 anos	42,5	71,1	53,4
	20 a 24 anos	0,0	2,2	0,8
	Total	100,0	100,0	100,0

Fonte: UNESCO, Pesquisa Nacional Violência, Aids e Drogas nas Escolas, 2001.

Notas: Foi perguntado aos alunos: *Quantos anos você tinha quando transou pela primeira vez?*

(1) Dados expandidos

O estudo revela que é significativa a porcentagem de jovens que iniciam suas atividades sexuais entre essa faixa etária. Em Porto Alegre, por exemplo, 63% dos meninos e 38,6% das meninas já tiveram sua primeira relação sexual entre os 10 e 14 anos.¹⁰⁷

Devido ao grande número populacional, não se sabe ao certo qual a proporção do problema da prostituição infantil no território nacional. Muitas das meninas que iniciam uma atividade sexual precocemente foram anteriormente abusadas, muitas vezes sofrem da exploração sexual, e nem se dão conta disso, contudo, essa não é a realidade de todas.

Segundo relato de um artigo da Revista Problemas Brasileiros uma menina de 11 anos afirma que perdeu a virgindade aos 9 anos com um namorado oito anos mais velho que ela, e desde então, pratica sexo por vontade própria. A menina, apesar do corpo ainda não totalmente desenvolvido, declara ser experiente e pede com frequência preservativos à projetos sociais que ajudam crianças e famílias vítimas de exploração sexual. Apesar de ter recebido vários convites para programas sexuais, a menina afirma que nunca aceitou nenhum.¹⁰⁸

Quando o assunto é influência da mídia, é considerável o número de propagandas que incitam um relacionamento sexual. Dentro das novelas, assistidas com assiduidade por grande parte da população brasileira, principalmente pelas

¹⁰⁷ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary e SILVA, Bernadete. **Juventudes e Sexualidade**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf>>. Acesso em: 09.set.2011.

¹⁰⁸MILANI, Aloisio. **Violência silenciosa**: Exploração e abuso sexual de menores desafiam políticas públicas. Problemas Brasileiros: São Paulo. V.41 n 359, set/out 2003. p. 32.

famílias de baixa renda, existe um número incontável de cenas que trazem conotação sexual, ou mesmo a representação do ato.

De tarde ou pela noite, a atividade sexual tem sido demonstrada como algo sem relação nenhuma com gravidez ou DST's (Doenças Sexualmente Transmissíveis), bastando para isso que se tomem os cuidados necessários. A primeira relação é passada como algo romântico, um momento de poder e autonomia do seu próprio corpo, que não traz grandes consequências. "Influenciada pela mídia, a sexualidade é despertada mais cedo e, nem sempre, de forma correta. A *transa* ocasional, em uma saída dos pais ou nas escadas do prédio, não é acompanhada dos cuidados necessários."¹⁰⁹

O MEC (Ministério da Educação e Cultura) nos Parâmetros Curriculares Nacionais também comenta sobre a importância da mídia na formação da consciência da criança:

A mídia, nas suas múltiplas manifestações e com muita força, assume expressivo papel, ajudando a moldar visões e comportamento. Ela veicula imagens eróticas que estimulam crianças e adolescentes, incrementando ansiedade e alimentando fantasias sexuais. Também informa, lança campanhas educativas nem sempre adequadas a esse público. Muitas vezes pode moralizar e reforçar preconceitos.¹¹⁰

Por saber da importância do tema sexualidade e das consequências que a falta de informação pode trazer, o MEC prevê a atuação educacional a partir do

¹⁰⁹ MATTOS, Luciana Narciso, MORAIS, Rejane Aparecida e PEREIRA, Regina Maria. **Gravidez na Adolescência**. CES Revista: periódico oficial do Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora. V. 21 jan. 2007. p. 103.

¹¹⁰ SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. **Parâmetros Curriculares Nacionais**. Orientação Sexual. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf>> Acesso em: 09.set.2011.

terceiro e quarto ciclo do Ensino Fundamental para tratar da orientação sexual, abordando todos os temas decorrentes. No entanto, nesses períodos, a criança ainda conta com uma faixa etária que varia de 10 a 12 anos de idade, um tanto longe ainda dos 14 anos que o Direito Penal prevê para a iniciação sexual.

Nos Parâmetros Curriculares Nacionais, o MEC divulga uma pesquisa realizada pelo Instituto DataFolha na qual consta que 86% das pessoas entrevistadas em 10 capitais brasileiras no ano de 1993 eram favoráveis à inclusão de Orientação Sexual no currículo escolar.¹¹¹ Com isso, resta demonstrado que a família tem imputado à escola o dever de educar em todos os níveis, até mesmo na área sexual, sem tomar para si a responsabilidade de transmitir valores que há alguns anos atrás eram vistos como sua prioridade.

O problema está na heterogeneidade de valores e crenças compartilhados pelos vários professores de uma mesma escola. Mesmo que haja um momento específico para tratar do assunto sexualidade, diversas são as maneiras e oportunidades que os educadores têm de transmitir seu próprio modo de pensar, e sem a base familiar, a criança absorve informações de diversos lados, e interpreta algo que muitas vezes não condiz com o que se espera dele mais tarde.

A família brasileira tem sofrido considerável mudança na sua estrutura. As mulheres tem assumido cada vez mais a posição de líderes do lar. De 12% das

¹¹¹ SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. **Parâmetros Curriculares Nacionais**. Orientação Sexual. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf>> Acesso em: 09.set.2011.

famílias monoparentais nos anos 80, esse número foi para 18% em 2006, trazendo com isso algumas implicações para o tema em questão. Além disso, dentro de uma mesma casa podem ser encontrados vários núcleos familiares.¹¹²

Muitas crianças de até seis anos frequentam creches ou pré-escolas. Mas essas instituições geralmente funcionam apenas por período parcial. Por isso, as famílias de baixa renda, para garantirem o emprego dos adultos, deixam as crianças com familiares e amigos no restante do dia.¹¹³ Esses parentes, no entanto, raramente tomarão o papel de educadores e substituirão o papel da mãe. Assim, a criança crescerá com uma lacuna na sua educação, se esta não for suprida de alguma outra maneira. Mais tarde, essa criança irá tomar conta dos irmãos mais novos, ficando responsável por si mesma, irmãos e pela casa.

Segundo pesquisa realizada pela PNAD/IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios/ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgada em 2005, cerca de 35,4% das famílias monoparentais estão na linha de pobreza. Esse tipo familiar representa o maior nível de pobreza em todo o país.¹¹⁴

A pobreza está intimamente ligada ao nível de conhecimento e cultura, que por sua vez está ligada à capacidade do ser humano de tomar decisões seguras. A criança que está nesse quadro, encontra-se cercada por fatores que parecerão

¹¹² FONTES, Adriana; MACHADO, Danielle Carusi e SORJ, Bila. **Políticas e Práticas de Conciliação entre Família e Trabalho no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0437132.pdf>> Acesso em: 09.set.2011.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem.

propiciadores para que ela tenha precocemente sua primeira relação sexual, e ao mesmo tempo essa relação sexual não é amparada juridicamente pelo Estado.

Persistem ainda vários outros argumentos que poderiam ser citados para corroborar com o pensamento de que a criança é levada pelo abandono estatal a não só manter relações sexuais, mas a aderir a outras condutas criminosas previstas no Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÃO

Conclui-se neste trabalho que a vulnerabilidade é conceito amplo demais para ser limitado ao critério puramente cronológico adotado pelo legislador.

A criança deve, sim, ser respeitada e protegida pelo Estado, mas isso deve ser feito primeiramente no âmbito da saúde, educação, lazer e amparo familiar, para somente depois o Direito Penal ser chamado a manifestar-se, quando todos os outros aparatos estatais falharem.

O que se observa é que o Direito Penal tem sido chamado a agir em primeiro plano, e disso decorrem arbitrariedade e ilegitimidade do Sistema Penal e do poder de punir do Estado. Conforme ensina a teoria do Direito Penal Mínimo, o Estado deve estar munido de medidas administrativas, civis e principalmente de medidas sociais antes de querer valer-se do Direito Penal. Todos esses meios são legitimados para punir o ofensor, mas existe uma ordem a ser seguida, senão, o que antes era legítimo, perde sua validade.

O sistema penal como um todo deve estar agindo de forma congruente entre si, e em concordância com o que está sendo realizado pelas outras esferas estatais. Mas não deve ser responsabilizado a agir sozinho, quando nada de efetivo está sendo realizado nessas outras áreas, até porque ele não atinge a raiz dos problemas sociais.

A pena não pode ser o objetivo final, até porque esse pensamento é atentatório ao Estado Democrático de Direito. Ela deve agir como último mecanismo do Estado, como resposta à sociedade e com o objetivo de ressocializar o ofensor.

Dito isso, vulnerabilidade da criança deve ser entendida de forma ampla, e todos os meios possíveis devem ser ofertados para que ela tome uma decisão consciente quanto ao uso de seu corpo.

O presente estudo não visa de maneira alguma anuir com o comportamento sexual precoce, nem tentar validar um comportamento mesmo que se constate como um costume em diversas áreas do país. Mas juridicamente é inadmissível que um comportamento corroborado e incentivado muitas vezes até mesmo pelo Estado, seja mais tarde punido com tanta severidade.

Foi demonstrado por diversas teorias que o ambiente social no qual a criança está inserida é fator de grande relevância para a formação de suas opiniões que mais tarde acarretarão em ações. Todos esses estímulos e informações lançadas fazem parte de todo um processo cognitivo. Portanto, não é assim tão fácil mudar o comportamento do ser humano, pois toda uma cadeia de sinapses já foi formada, e para romper com isso, novos estímulos devem ser oferecidos em substituição.

Esse é o dever do Estado. Promover situações, momentos em que a criança possa construir um pensamento saudável desde a primeira infância, que verdadeiramente ampare a criança e o adolescente para que a formação de suas representações sociais seja condizente com o que se espera dele no futuro.

O Estado deve agir na raiz do problema, deve intervir na realidade social do povo brasileiro, trazer oportunidade para que formem suas convicções, ou seja, promover a tão falada dignidade da pessoa humana, e então, depois de tudo isso feito, estará legitimado para punir aqueles que transgredirem a norma penal. Fora isso, ele estará agindo sem legitimidade, alcançando apenas uma amostra irrisória do que tem acontecido no Brasil, de forma injusta e sem trazer nenhuma educação ou desenvolvimento.

A norma que vai ao encontro dos costumes deve vir acompanhada de diversas outras medidas estatais eficazes, para que ela mesma surta efeito e seja admitida e internalizada pela sociedade. Enquanto ela não sofrer esse processo de internalização, não surtirá os efeitos almejados pelo legislador.

A violência, o estupro e a agressão à dignidade sexual não podem ser estabelecidas com base no critério cronológico apenas. Há que ser averiguado no caso concreto a que tipo de valores estavam os sujeitos submetidos, que tipo de formação tiveram, suas personalidades, para somente assim verificar se a vítima realmente é vítima, se houve efetivamente dano à dignidade sexual e à moral, ou se foi apenas um episódio sem afronta aos direitos fundamentais da criança; e, se assim for, não haverá relevância para o Direito Penal. O consentimento e a vida sexual pretérita precisam ser levados em consideração para que a norma seja aplicada de maneira justa.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam, CASTRO, Mary e SILVA, Bernadete. **Juventudes e Sexualidade.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf> Acesso em: 09 set. 2011.

ARAÚJO, Jader Máximo. **O crime de estupro e a *novatio legis in melius***: uma análise à luz da Lei n 12.015/2009. Disponível em: www.bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/32512/crime_estupro_novatio_araujo.pdf?sequence=1. Acesso em: 4 set. 2011.

ALVES, Eduardo Silva. **Teoria Geral da Pena.** Disponível em: <<http://civilex.vilabol.uol.com.br/pagina41.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Et al. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia: Rio de Janeiro. 2002. P. 73.

BARBOSA, Raffael. **Pensando um pouco a partir de Vygotsky e a zona de desenvolvimento proximal.** Disponível em: <http://raffaelbarbosa.blogspot.com/2010/02/pensando-um-pouco-partir-de-vygotsky-e.html>. Acesso em: 08 agosto. 2011.

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. Apontamentos de Classe. Aula 15, 2. Semestre de 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 3. Ed. Editora Revan.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPOS, Francisco. **Diário das Leis.** <<http://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinke.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP>> Acesso em: 31 maio. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DOU 5 de outubro de 1988.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=vulnerável>> Acesso em: 31 maio.2011.

FONTES, Adriana, MACHADO, Danielle Carusi e SORJ, Bila. **Políticas e Práticas de Conciliação entre Família e Trabalho no Brasil.** Disponível em: <<<http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0437132.pdf>>> Acesso em: 09 set. 2011.

GENTIL, Plínio Antônio Britto; JORGE, Ana Paula. **O Novo Estatuto dos Crimes Sexuais.** Revista Jurídica Consulex. V. 13 n.307 out./2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais.** São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Rogério. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

GRECO, Pedro Alessandra Orcesi; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

JODELET, Denise. **As Representações Sociais.** Editora UERJ: Rio de Janeiro. 2001.

LEI nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. DOU 10.08.2009

MATTOS, Luciana Narciso; MORAIS, Rejane Aparecida e PEREIRA, Regina Maria. **Gravidez na Adolescência**. CES Revista: periódico oficial do Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora. V. 21 jan. 2007.

MERLO, Ana Karina França. **Considerações práticas à Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/895/657>>. Acesso em: 04 out. 2011

MILANI, Aloisio. **Violência Silenciosa**: Exploração e abuso sexual de menores desafiam políticas públicas. Problemas Brasileiros: São Paulo. V.41 n 359, set/out 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 407

MOSCOVICI, Serge. **Representação Social da Psicanálise**. Zahar editores: Rio de Janeiro. 1978. P.49 MOSCOVICI, Serge. **Representação Social da Psicanálise**. Zahar editores: Rio de Janeiro. 1978. P. 49.

_____. **Representações sociais**. *Investigações em psicologia social*. Editora vozes: Petrópolis. 2003.

MOURA, Marcelo Oliveira. **Secularização, Estado Democrático de Direito e o Direito Penal**. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Sistema%20Penal/Sistema%20Penitencia rio/Secularizacao%20e%20Direito%20Penal.pdf> Acesso em: 04 set. 2011.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e sua finalidade do Direito Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>. Acesso em: 13 jun. 2011.

NETTO, José de Souza Laurindo. **Processo Penal**: Sistemas e Princípios. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**: de acordo com a Lei 12.015/2009. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Marta Kohl. **Vygotsky**: aprendizado e desenvolvimento, um processo sócio-histórico. Editora Scipione: São Paulo. 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. **O Conceito de Vulnerabilidade no Direito Penal**. Revista Jurídica Consulex. V. 13 n.307 out./2009.

QUEIROZ, Paulo. **Introdução Crítica ao Estudo do Sistema Penal**: Elementos para a Compreensão da Atividade Repressiva do Estado. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

REGO, Teresa Cristina. **Vygotsky**. Editora vozes. 11 ed.: Petrópolis, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general, t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. Ed. Madrid: Civitas, 1997.

SALLES, João Moreira; LUND, Kátia. **Notícias de uma guerra particular**. Rio de Janeiro. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. **Parâmetros Curriculares Nacionais: Orientação Sexual**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf>> Acesso em 09 set. 2011.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodium. 2009.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Quanto mais comportamentos tipificados penalmente, menor o índice de criminalidade?** Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30836-33184-1-PB.pdf. Acesso em 04 out. 2011.